

kancelarie rp

kancelarierp.pl

Kancelarie RP to nowa jakość w usługach prawnych. W serwisie baza ponad 200 dokumentów, przyjazny i prosty generator oraz sieć wysoko wyspecjalizowanych prawników dostępnych na wyciągnięcie ręki.

Zamawiający może reagować na różne okoliczności

PRZETARGI | Dobrze zredagowane klauzule umowne pozwolą uniknąć problemów przy zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

28 lipca 2016 r. weszła w życie duża nowelizacja ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, mająca na celu implementację nowych unijnych dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. – 2014/24/UE i 2014/25/UE. Jedną z daleko idących zmian, jakie wprowadziła ta nowelizacja, było szczególnie określenie przesłanek zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego – art. 144 p.z.p. został pod tym względem znacznie rozbudowany.

Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, ustawa p.z.p. pozwala na zmianę już zawartej umowy, o ile warunki zmiany zostały przewidziane w pierwotnej dokumentacji zamówienia. Materii tej dotyczy art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, postanowienia umowy (także umowy ramowej) mogą zostać zmienione, jeżeli modyfikacje zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. W praktyce załącznikiem do SIWZ, stanowiącym jej integralną część, jest wzór przyszłej umowy, i to właśnie tam zamawiający zamieszcza postanowienia dotyczące zmiany umowy w przyszłości.

Ważna jest precyzja

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. akcentuje wymóg jednoznaczności klauzuli pozwalającej na zmianę umowy. Wymóg ten dotyczy wszystkich elementów klauzuli. Musi być ona precyzyjnie zredagowana – nie może pozostawiać żadnych wątpliwości co do tego, kiedy (w razie zaistnienia jakich konkretnie okoliczności) możliwa jest modyfikacja postanowień umowy i na czym dokładnie taka modyfikacja będzie polegać. Na konieczność precyzji w redagowaniu klauzuli zwracają szczególną uwagę dyrektywy unijne – w art. 72 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2014/24/25 mowa jest o tym,

że klauzula musi być jasna, precyzyjna i jednoznaczna.

Istotna zmiana umowy

Klauzula, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p., pozwala na bardzo daleko idącą zmianę umowy. Tak samo jak w stanie prawnym sprzed 28 lipca 2016 r., zmiany istotne umowy są zawsze dozwolone (art. 144 ust. 1 pkt 5 p.z.p.). Omawiana klauzula służy zatem do wprowadzenia modyfikacji o istotnym charakterze. Może ona posłużyć np. do zwiększenia zakresu (wolumenu) zamówienia (skutek ten może zostać osiągnięty alternatywnie poprzez wprowadzenie do umowy prawa opcji, pozwalającego zamawiającemu na jednostronną zmianę zakresu świadczenia wykonawcy – nie dochodzi wówczas do zmiany postanowień umowy, ponieważ zmiana świadczenia odbywa się w ramach określonych pierwotnymi postanowieniami umowy), terminu czy sposobu jego realizacji. W odróżnieniu od zmian umowy określonych w art. 144 ust. 1 pkt 2 (dodatkowe roboty budowlane, dostawy i usługi), pkt 3 (zmiany spowodowane okolicznościami, których nie dało się przewidzieć) oraz pkt 5 (zmiany de minimis – niskowartościowe), nie obowiązuje żaden limit co do wartości zmiany wprowadzanej na podstawie klauzuli umownej.

Chociaż art. 144 p.z.p. zawiera w ust. 1e definicję zmiany istotnej (modyfikacja taka jest zakazana), to jednak poprzez użycie wielu zwrotów niedookreślonych brak jest nadal precyzyjnej granicy między zmianą istotnymi a nieistotnymi. W praktyce mogą powstać wątpliwości interpretacyjne co do tego czy zamierzona modyfikacja jest istotna czy nie, a zatem czy jej wprowadzenie jest zgodne z art. 144 p.z.p. Tego rodzaju problemów można uniknąć przewidując daną modyfikację w ramach omawianej klauzuli. Jeżeli bowiem dana zmiana została przewidziana w pierwotnej dokumentacji zamówienia, to nie może być wątpliwości co do tego, że jest dopuszczalna, ponieważ nie dochodzi wówczas do nie-

równego traktowania wykonawców ani do zaburzenia uczciwej konkurencji czy naruszenia zasady przejrzystości udzielania zamówień.

Charakter umowy

Jedynym ograniczeniem dokonywania zmian umowy na podstawie klauzuli umownej zawiera art. 144 ust. 1b p.z.p. Stosownie do treści tego przepisu, zakazana jest modyfikacja, która prowadziłaby do zmiany charakteru umowy. Ustawa p.z.p. nie wyjaśnia, co należy rozumieć przez pojęcie „charakteru umowy”. Cenne wskazówki co do wykładni tego pojęcia zawierają preambuły dyrektyw unijnych. Motyw 109 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wyjaśnia, że ze zmianą charakteru zamówienia mamy do czynienia wtedy, gdy następuje zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub dochodzi do całkowitej zmiany rodzaju zamówienia (ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania). Co za tym idzie, klauzula umowna nie może pozwalać na modyfikację oolicznościami, w wyniku której wykonawca zrealizuje coś zupełnie innego niż miał pierwotnie wykonać. Nie chodzi tylko o sytuację, kiedy miałby ulec zmianie rodzaj umowy (np. umowa sprzedaży miałaby zostać zastąpiona umową leasingu), ale również o sytuację, gdy rodzaj umowy pozostałby ten sam, ale zmieniłby się przedmiot świadczenia wykonawcy, czyli np. dostawa tonerów zostałaby zastąpiona dostawą tuszu do drukarek atramentowych.

Ustawa p.z.p. nie wyjaśnia, jak w praktyce ma dojść do zmiany umowy w razie zaistnienia przewidzianych w klauzuli okoliczności pozwalających na zmianę. Generalnie, samo zaistnienie tych okoliczności nie daje żadnej ze stron roszczenia o zawarcie aneksu do umowy. W praktyce najczęściej jest tak, że do modyfikacji umowy potrzebna jest zgodna wola zamawiającego i wykonawcy – jeśli któryś z nich nie wyraża zgody na zmianę umowy, to do zmiany nie dochodzi. Omawiana klau-

zula może jednak zostać zredagowana w ten sposób, że przysądzi zamawiającemu prawo do żądania zawarcia aneksu, np. pod rygorem zapłaty przez wykonawcę kary umownej.

Zmiana wykonawcy

Warto zauważyć, że – jak przewiduje art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. a) p.z.p. – klauzula z art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. może posłużyć również do zmiany wykonawcy – zastąpienia dotychczasowego wykonawcy nowym podmiotem. Choć art. 144 ust. 1

RZECZPOSPOLITA TYDZIEŃ TEMU PISALIŚMY O:

Małgorzata Chwojka: Jeśli przez działkę przebiega np. gazociąg, właściciel takiej nieruchomości może domagać się jego przebudowy.

Artykuł dostępny:

kancelarierp.pl/baza-wiedzy

pkt 4 lit. b) p.z.p., będący samodzielną podstawą zmiany wykonawcy, wymienia wiele przypadków pozwalających na taką zmianę (dotyczą one nie tylko przypadków sukcesji uniwersalnej w razie transakcji M&A, ale także sukcesji singularnej, jak np. w przypadku nabycia przedsiębiorstwa wykonawcy), to jednak niektóre z nich mogą być problematyczne do zastosowania w praktyce. Chodzi zwłaszcza o ogłoszenie upadłości wykonawcy i jego restrukturyzację. Ustawa p.z.p. nie wyjaśnia, jak w praktyce miałyby wówczas wyglądać zastąpienie dotychczasowego wykonawcy nowym podmiotem. Z praktycznego punktu widzenia pożądane byłoby uregulowanie tej kwestii właśnie w klauzuli umownej pozwalającej na zmianę wykonawcy w razie zaistnienia tych okoliczności. To że podstawa prawna do zmiany wykonawcy w tych okolicznościach jest już zawarta w art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b) p.z.p. nie jest przeszkodą do tego, żeby źródłem uprawnienia do dokonania tego rodzaju zmiany była klauzula z art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Ponadto, omawiana klauzula może zostać wykorzystana do zmiany elastyczności zmian

ZDANIEM AUTORA

Łukasz Pożoga

radca prawny w Kancelarii KSP
Legal & Tax Advice w Katowicach



Klauzula, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p., stanowi wygodne i – jeżeli została właściwie zredagowana – pewne narzędzie pozwalające zamawiającym na reagowanie na różnego rodzaju możliwe do przewidzenia okoliczności, jakie mogą zajść w czasie realizacji zamówienia, rodzące potrzebę zmodyfikowania treści umowy. W interesie zamawiających jest zatem szerokie wykorzystywanie tej klauzuli. ©

w składzie konsorcjum wykonawców.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. a) p.z.p. – w odróżnieniu od art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b) p.z.p. – nie wymaga, żeby nowy wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu ani żeby nie zachodziły wobec niego postawy wykluczenia z postępowania. Również przepisy dyrektyw nie przewidują takiego wymogu. Z punktu widzenia ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 p.z.p.) trudno jednak zaakceptować sytuację, w której klauzula z art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. mogłaby zostać wykorzystana do przejęcia zamówienia przez podmiot trzeci nie dający rękojmi należytego jego wykonania – nie spełniający tych warunków albo taki, który – gdyby wziął udział w postępowaniu – zostałby z niego wykluczony, przez co nie miałby szans uzyskania zamówienia. Sytuacja taka byłaby patologiczna. Wobec tego przyjąć należy, że redagując tę klauzulę zamawiający powinien wymagać, żeby podmiot zastępujący dotychczasowego wykonawcę musiał spełniać wymogi z art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b) p.z.p.

Bez publikacji

Warto zauważyć, że modyfikacja umowy na podstawie klauzuli umownej – w odróżnieniu od modyfikacji z art. 144 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p. – nie wymaga opublikowania przez zamawiającego ogłoszenia o zmianie umowy (art. 144

ust. 1c p.z.p.). Brak podania informacji o modyfikacji do publicznej wiadomości powoduje, że ewentualne nieprawidłowości związane ze zmianą umowy są trudniejsze do wykrycia. Choć można mieć zastrzeżenia co do słuszności takiego rozwiązania, to jednak może ono sprzyjać szerszemu wykorzystywaniu omawianej klauzuli do modyfikowania umów.

Możliwość unieważnienia

Jeżeli klauzula pozwalająca na zmodyfikowanie umowy nie spełnia wymogów z art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p., to wprowadzone na jej podstawie do umowy zmiany nie stają się automatycznie (z mocy samego prawa) nieważne. Mogą jednak zostać unieważnione. Pozew o unieważnienie może wnieść do sądu prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Ma na to cztery lata od dnia dokonania zmiany umowy (art. 144a p.z.p.), czyli od podpisania aneksu przez zamawiającego i wykonawcę. Okoliczność, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia żaden z wykonawców nie zakwestionował (w drodze odwołania do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) tej klauzuli, nie powoduje jej usankcjonowania. Jeżeli dojdzie do unieważnienia wprowadzanych zmian, to na ich miejsce wchodzi pierwotne postanowienie umowy (te, które zostały zmienione aneksem). ©

–Łukasz Pożoga